HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 民事判例研究 |
| Author(s) | 村井, 麻衣子 |
| Citation | 北大法学論集, 51(3), 267-306 |
| Issue Date | 2000-09-28 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/15023 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 51(3)_p267-306.pdf |

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

# 民事判例研究

村井麻衣子

## 批評における漫画カットの引用―脱ゴーマニズム宣言事件―

東京地裁平成一一年八月三一日判決
判時一七〇二号一四五頁
判タ一〇一六号一二七頁

**【事実の概要】**

原告小林善範は、小林よしのりのペンネームで活動する漫画家であり、『ゴーマニズム宣言』『新・ゴーマニズム宣言』『新・ゴーマニズム宣言スペシャル脱正義論』と題する書籍（以下「原告書籍」）の著者である。原告書籍は、原告の創作した漫画を中心として、原告が漫画で取り上げている主題に関連するインタビュー記事、対談録、論説その他によって構成されている。

被告らは、被告上杉聰を著者とする『脱ゴーマニズム宣言』（以下「被告書籍」）を出版発行、販売頒布した。被告書籍には、原告書籍の一部である漫画のカット（コマ割）が全五七カット採録されており、このうち五カットについては、描かれている人物の両目に黒い目隠しが施されていたり、手書き文字が書き加えられていたり、連続する三コマ中の一コマの配置が変更されていたり、カットの一部のみが採録されていたりしている。

そこで原告が、被告書籍の著者、発行者及び発行所を被告として、①カットの採録は複製権の侵害にあたる、②採録されたカットの一部は原告の意に反して改変されているから同一性保持権を侵害している、③被告書籍の表題等は原告の漫画のそれと類似しているから、被告書籍の出版等は不正競争行為に該当すると主張して、被告書籍の出版、発行、販売、頒布の差止め及び損害賠償を請求したのが本件である。

**【判旨】**

請求棄却。

①複製権侵害について

「著作権法三十二条一項は、『公表された著作物は、引用して利用することができる。この場合において、その引用は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究、その他の引用の目的上正当な範囲内で行われるものでなければならない。』と規定している。この規定は、著作権の保護を図りつつ、文化的所産としての著作物の公正な利用を可能ならしめるための規定である。そして、このような規定の趣旨に鑑みると、同項にいう引用とは、報道、批評、研究等の目的で他人の著作物の全部又は一部を利用する著作物（以下「引用著作物」という。）と、引用されて利用される著作物（「被引用著作物」という。）を明瞭に区別して認識することができ（明瞭区別性）、かつ、両著作物の間に前者が主、後者が従の関係にあるもの（附従性）をいうと解するのが相当である。」

「……被告書籍における原告カットの採録は、原告漫画に対する批評を目的としていると認められ、各原告カットのうち、右と異なる目的で採録されているものが存在するとは認められない。」

「……原告カットと被告論説は、漫画と論説という性質の異なる著作物であること、……カット1を除いては全て採録カットの欄外に出典が表示されていること、……出典表示のないカッ

ト1は原告漫画中に同旨のカットが多数使用されているものであるという事情があることを総合すると、引用を含む著作物である被告書籍の表現形式上、引用著作物である被告論説と、被引用著作物である原告カットを、明瞭に区別して認識することができるものというべきである。」

「……被告書籍中における原告カットの採録は、いずれも被告論説の対象を明示し、その例証、資料を提示するなどして、被告論説の理解を助けるものであり、他方、各原告カットがそれ自体完結した独立の読み物となるといった事情も存しないから、引用著作物である被告論説と被引用著作物である原告カットの間には、被告論説が主、原告カットが従という関係が成立しているものと認められる。」

「……一般に著作物の引用は、右1で示した引用の要件を充たす限りにおいて、引用著作物の著作者が必要と考える範囲で行うことができるものであり、……引用が必要最小限度のものであることまで要求されるものではない。

また、漫画は、絵と文が不可分一体となった著作物であるところ、原告は、そのような漫画によって自己の主張を展開しているのであるから、絵自体を批評の対象とする場合はもとより、原告の主張を批評の対象とする場合であっても、批評の対象を正確に示すには、文のみならず、絵についても引用する必要があるというべきであり、絵自体を批評の対象としていないから、絵について引用の必要がないということはできない。」

「以上述べたところを総合すると、被告書籍中の原告カットの採録は、いずれも著作権法三二条一項にいう引用の要件を充たすものであるから、原告の複製権侵害の主張は理由がない。」

②同一性保持権侵害について

「著作権法二十条一項は、著作者人格権の一つとして同一性保持権を定め、著作者の意に反する著作物の変更、切除その他の改変を許さないことにより、その保護を図っている。

著作権法二十条二項四号は、『前三号に掲げるもののほか、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変』について、同条一項が適用されないとしている。」

「原告カット（イ）で漫画に描かれた人物は、原告漫画中で……特定の人物であると明示されているところ……、原カット（イ）中の右人物は、同人がこれを見れば不快に感じる程度に醜く描写されているものと認められるから、同人の人格的利益たる名誉感情を侵害するおそれが高いと考えられる。

このような場合、原著作物に相当な改変を施すことを許容しなければ、当該著作物を引用する際に、引用者において右第三者の人格的利益を侵害するという危険を強いることになり、さもなければ、当該著作物の引用を断念せざるをえない。」

「しかるところ、描写された人物の両目部分に目隠しを施すという改変方法は、描写された人物の権利を保護するために一般に広く行われている方法であり、原カット（イ）に目隠しをすることによって目の部分が隠されたため名誉感情を侵害するおそれが低くなったものということができる。また、……被告書籍において目隠しは引用者によることが明示されている。したがって、原カット（イ）に対する目隠しは、著作権法二〇条二項四号にいう『やむを得ないと認められる改変』に当たるということができる。」

［別表1・2－①－1、2－①－2参照］

「カット27における原カット（ロ）に対する加筆のうち、原カット（ロ）内に位置するのは、文字の一部を丸で囲んだ線とこの丸を欄外に導く線の一部であり、右線があるとしても、原カット（ロ）ともとの内容は完全に認識することができる。

また、……右加筆が被告上杉によるものであることは明らかであり、被告書籍の読者が、カット27の加筆部分を原告著作物の一部であると誤解するおそれは存在しない。

そうすると、カット27における原カット（ロ）への右加筆は、著作権法二〇条一項にいう『改変』ということはできない。」

［別表2－③参照］

「カット37が原カット（ハ）の位置を変更したことは、著作権法二〇条一項にいう『改変』に当たるものである。

カット37において原カット（ハ）の配置が変更されたとしても、各コマを読む順序に変更が生じる可能性はないものと認められる。

……原カット（ハ）をそのままのコマ割りで引用するために縮小すると、小さな文字で書かれた台詞部分が判読しにくくなるものと認められる。

以上の事実によると、右改変は著作権法二〇条二項四号にいう『やむを得ないと認められる改変』に当たるというべきである。」

［別表2－②参照］

「なお、カット53について、原カット（ニ）の下から五分の

三程度の部分が採録されている点は、原告著作物の一部を引用したに過ぎず、『改変』に当たるものではない。」

［別表2－④参照］

③不正競争行為について

「……自己の商品表示に他人の商品等表示が含まれるとしても、それが、専ら商品の内容、特徴等を表現するための用いられた場合は、他人の商品表示と同一または類似のものを使用したとは認められないところ、『脱ゴマニズム宣言』の『脱』は…［別異の性質を備えていることを示す］…意味であること、……被告書籍の体裁及び……被告書籍の内容を総合すると、『脱ゴーマニズム宣言』のうち『ゴーマニズム宣言』の部分は、被告書籍の内容を説明するために用いられたものであると認められるから、『脱ゴーマニズム宣言』が『ゴーマニズム宣言』を含むからといって、原告の商品等表示と同一又は類似のものを使用したとは認められない。

また、『脱ゴーマニズム宣言』の表示は、原告書籍の表題の一部である『脱正義論』とは同一でもなければ類似でもない。」

「……副題である『小林よしのりの『慰安婦』問題』は、被告書籍の商品表示ということができるが、被告書籍には別に表題が付されていること、……被告書籍の体裁及び……被告書籍の内容を総合すると、右副題のうち『小林よしのり』の部分は、被告書籍の内容を説明するために用いられたものであると認められるから、右副題が『小林よしのり』を含むからといって、原告の商品等表示と同一又は類似のものを使用したとは認められない。」

**【検討】**

一．本判決の意義

本判決は、今まで著作権法三二条一項により許容される引用の該当性を否定する判決が多かった中[1]、批評を目的とした被告書籍への原告漫画のカットの採録が引用に該当することを限界線上の事例において認めたものであり、引用該当性判断における具体的な考慮事項を示し得る点で重要な意義を有する。本件事案において被告行為とデジタル技術やインターネットとは関係していないが、インターネット上でホームページ等により個人でも容易に著作物等を発表することができるようになった一方、他人の著作物を利用する際に著作権者の許諾を得るための仕組みが整備されていない現状においては、他人の著作物を許

諾なく引用する必要性[2]、及び抽象的な規定である三二条一項の適法な引用の範囲を明確化する必要性が、特に高まっているからである。同一性保持権に関しても、デジタル時代においてデジタル技術を用いた改変が容易となっている現状で、デジタル技術により同一性保持権を侵害されるおそれの高まった著作者と、デジタル技術の恩恵を受けるべき利用者との利益の調整規定として著作権法二〇条二項四号を活用することが期待されていると考えられるので[3]、被告の行った目隠し等の書き込みが、二〇条二項四号の「やむを得ないと認められる改変」に該当することを認めて侵害を否定した点で評価できる。また、書籍の内容を説明する題号として周知・著名表示を付す行為の不正競争行為該当性について否定し、妥当な判断を行っている。

二、引用

（一）著作権法三二条一項

著作権の制限規定である著作権法三二条一項は、公正な慣行に合致するものであり[4]、かつ、報道、批評、研究、その他の引用の目的上正当な範囲内で行われる場合に、公表された著作物を引用して利用することができる旨を定めている。すなわち、三二条一項の定める適法な引用の範囲内であれば、著作権者に対価を払ったり許可を得ることなく、他者の著作物を利用することができる[5]。同項の趣旨は、新しい著作物を創作する際、説明や批判等何らかの目的のため、既存の著作物の表現を利用しなければならない場合があるので、文化活動を阻害しないよう[6]、引用行為に著作権が及ばないとしたものとされる。

引用の態様には様々なものがあり[7]、引用が許容される範囲は著作物の性質や引用の目的によって異なるものであるため[8]、三二条一項の規定は抽象的なものにとどまっており、判例・裁判例において事案との関係で示されるより具体的な判断基準から、引用の許容される具体的な範囲を確定していくことが求められる[9]。

（二）パロディ事件最高裁判決

引用の具体的要件を判示した最高裁判決として、パロディ事件第一次上告審判決[10]がある。この事件では、原告である写真家の白川義員が撮影した、スキーヤーが雪山の斜面を波状のシュプールを描きつつ滑降している写真に、パロディ作家マッド・アマノが自動車スノータイヤの写真を合成し、そのモンタージュ写真を自作写真集「SOS」等に掲載した行為が問題となった。

最高裁は、「[旧著作権]法三〇条一項第二は、すでに発行された他人の著作物を正当の範囲内において自由に自己の著作物中に節録引用することを容認しているが、ここにいう引用とは、紹介、参照、論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいうと解するのが相当であるから、右引用にあたるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならないというべきであり、更に、法十八条三項の規定によれば、引用される側の著作物の著作者人格権を侵害するような態様でする引用は許されないことが明らかである。」と判示し、非侵害とした原審を破棄差戻した。最高裁により明示された明瞭区別性と附従性[11]は、引用の要件として以降の裁判例で踏襲されており[12]、判例法上定着しているといわれる[13]。

パロディ事件では、写真著作物に写真著作物を組み込む行為が問題となっており、一般に引用として想定される、言語著作物に言語著作物あるいは美術著作物を利用するという態様とは異なっていた。写真等美術著作物に美術著作物を組み込むようなパロディが、明瞭区別性と附従性の要件を満たすことは困難であると考えられ、明瞭区別性を引用の要件とすると、特に絵画・写真・イラスト等の分野に関するパロディの成立する余地が、ほとんどなくなってしまうおそれが指摘されている[14]。そこで、パロディは固定的・硬直的な観念や権威を風刺したり批評することで多様な価値観を生み出すものであり、社会的に要求されるとして[15]、一定の範囲でパロディを保護しようという論理構成も試みられているが[16]、パロディ事件で問題となったモンタージュ写真については、原告写真を利用する必然性が認められないため、このような立場をとっても侵害は否定できない事例であったとされる[17]。従って、パロディ事件においては、主に引用著作物が文章著作物の場合に妥当すると思われる、明瞭区別性と附従性の要件をあてはめても、その結論に問題が生じなかったといえる。

### (三) 適法引用の要件としての明瞭区別性と附従性

最高裁により、著作権法三二条一項にいう目的上正当な範囲内で行われる引用の要件として、明瞭区別性と附従性の要件が示され、実務上も定着しているが、この要件の内実は明らかではない。以下、明瞭区別性と附従性の要件が妥当すると思われ

る、言語著作物への引用を念頭に置いて、この二要件の意義を検討する。（なお、もう一つの適法引用の要件として、被引用著作物が既に公表された著作物であることが必要であり（三二条一項）[18]、また引用者には出所明示を行う義務が課されている（四八条一・三項）[19]。）

明瞭区別性は、他人の著作物を自己の著作物として利用することを引用から排除するために機能する要件であると考えられる[20][21]。他人の著作物を当該他人の著作物として自己の著作物中に引用するのではなく、他人の著作物を自己の著作物として利用することは、まさに他者の著作物に依拠しその創作的な部分を同一・類似の範囲内で再製する著作権侵害行為[22]に他ならないと思われるからである。

附従性については、その具体的な考慮要素として、引用の目的、両著作物のそれぞれの性質、内容及び分量、被引用著作物の採録方法、態様等が、後で紹介する藤田嗣治絵画複製事件によって示されており、実質的に引用の目的と、その目的にとって引用が必要な範囲内であるかを判断するための要件として機能しているといえる。引用により新しい著作物が創作されることを、著作権法が引用される著作物の著作権者の利益にも配慮しつつ奨励しているならば、引用として認められるべきか否かは、結局のところ、著作権者と利用者の利益の比較衡量によって決せられるべきである。本判決においても、附従性の判断として、被告書籍の引用目的のもとでの採録効果や、被告書籍に採録された原告カットが独立の読み物として成立するかという観点からの著作権者に与える影響が考慮され、実質的に原告の利益と被告の利益との比較衡量が行われている。実務上、明瞭区別性と附従性の要件で適法引用か否かが判断されている現状においては、比較衡量の考慮要素は附従性の考慮要素として判断されると思われるので、今後、引用に関する判断構造は附従性の要件に焦点を合わせた議論によって明らかにされていくことになると考えられる[23]。

（四）本件事案の検討

（四－一）本判決の判断

本件では、「意見主張」漫画の批評において、言語部分だけでなく、絵部分を含めたカット全体を引用することの是非が問題となった。

本判決は、カット採録が読者に与える効果から、批評対象である絵を明示しているもの、批評対象であるカット中に示される主張に対応するカットを明示しているもの、原告漫画の主張

を要約・一部引用し批評を加える際に対応するカットを示すもの、原告漫画の特徴の例証を提示するもの、評価の基となる資料として提供するものに、採録箇所を分類した。また、被告書籍のあとがきから、「……相手の表現をまず正確に引用してからでないと、批判を厳密に行えないため、漫画そのものを掲載しなければならなかったからだ。……漫画を批判するとなると、文字だけではどうしても正確を期したことにならない。画面そのものに含まれた多様な情報も引用する必然性がある。」との記述を引用して、被告書籍における原告カット採録の目的を認定している。

そして、明瞭区別性について、漫画と論説という性質の異なる著作物であること、採録カットの欄外に出典が表示されており、出典表示のない一カットは原告漫画中に同旨のカットが多数使用されている事情を認定し、明瞭区別して認識できるものとした。さらに、附従性について、原告カットの採録が被告書籍の読者に与える効果を総合すると、カット採録は被告論説の対象を明示し、その例証、資料を提示するなどして論説の理解を助けるものであり、他方、原告カットは、最低でも見開き二頁の一話単位であり通常は八頁の一話単位で完結する原告漫画のごく一部に過ぎず、原告カット自体が完結した独立の読み物となるといった事情もないことから、被告論説が主、原告カットが従という関係が成立しているとした。

（四－二）採録カットの類型

本件で被告の採録態様が、明瞭区別性の要件、被引用著作物が既公表著作物であるという要件と、出所明示の義務を満たしていることについては問題がない。よって、以下では主に附従性の要件を念頭に置いて検討する。ただし、前述したように、附従性の要件が、実質的には引用の目的とその目的にとって引用が必要な範囲内であるかを判断するための、著作権者と利用者の利益の比較衡量要件として機能していると考えるので、主従の関係の判断というよりは、専ら著作権者と利用者との利益の比較衡量を行う。

本判決がカット採録の効果から採録箇所を分類しているように、被告書籍における原告カットの引用目的・態様はいくつかに分けられると考えられる。以下では、被引用著作物である原告漫画のカットを、まず、被告論説の言及がカットの絵自体に関するものである採録として、①人物を醜く描いたり、絵によりイメージを読者に刷り込むこと等を批判するため、批判対象である絵自体を明示するもの、②同じ事実を記述する絵が変化

していること、事実と異なる絵を描いていること、欄外文字をかなり小さくかいていること等、絵の内容を批判するためのものであり、文章で原告漫画の態様を説明することもできるが、原告カット自体を採録することが真実性担保に資するもの、③「読者に問いかけるコマ」や「抗日壁画のイラスト」等例証・資料を提供するもの、そして、被告論説の言及はカットの絵自体に関するものではなく、主張に対するものであるが、④原告漫画の主張に対し批判を加える際に、原告カット自体を採録することで、読者の理解を助けるもの、に分けて検討する。

（四―三）絵画としての引用

①―③の被告論説の言及がカットの絵自体に関するものである採録については、言語著作物に絵画を引用することの可否が判断された藤田嗣治絵画複製事件判決[24]が先例となると思われる。小学館が「原色現代日本の美術」第七巻に故藤田嗣治画伯の絵画を掲載しようとした際、故藤田の絵画の著作権を承継した妻の許諾を得られなかったため、絵画一二点を無断掲載した行為に対し、著作権侵害を理由に、書籍の頒布行為の差止め、複製用フィルム等の廃棄・損害賠償等が請求された事案である。適法引用にあたるという被告の抗弁に対し、東京高裁は、明瞭区別性と附従性を引用の要件とした上で、明瞭区別性の要件は満たすものの、附従性を欠き、著作権法三二条一項の要件を具備する引用とはいえないとして、原告の請求を認容した第一審[25]の判断を維持した。この判決は、附従関係判断の考慮要素として、引用の目的、両著作物のそれぞれの性質、内容及び分量、被引用著作物の採録方法、態様等を挙げ、引用著作物である富山論文は美術史の記述としての性質・内容を有し、洋画の歴史を読者に理解させる目的で絵画の複製物を掲載したこと、本件絵画の図版の大きさが八分の一頁から三分の二頁に及び、絵画九点は一頁一点の割合で掲載されていて、論文は三分の一頁の過ぎず、印刷適性の高い上質紙に印刷されていること等から、当該絵画の複製物がそれ自体鑑賞性を有し独立性をもつことに加え、論文に対する結びつきが強くないため、論文に対し絵画が従たる関係にあるとはいえないとした。

判決がいうように、引用否定事例である藤田嗣治絵画複製事件においては、論文の絵画に関する記述と絵画の掲載が同頁に掲載されているものは絵画二点に過ぎず、他の十点は絵画に関する論文の記述とは異なる頁に掲載されており、論文に言及の文章がない絵画も掲載されていて、引用著作物である論文と被引用著作物である絵画の結びつきが微弱であった。また図版が

大きく、紙質も上質であったため、鑑賞性をもった図版としての独立性が高く、絵画集として被引用著作物と市場において競合する可能性が高いことが予想され、著作権者に与える経済的影響が大きいと考えられる事案であった。このような態様での引用を許容した場合には、美術著作物についての著作権保護を危うくするものであった以上、東京高裁の判断は妥当であったと思われる。

採録の効果・態様からすると、本件の特に③例証・資料として用いる類型が、藤田嗣治絵画複製事件の事案と類似しているといえる。被告は、新・旧「ゴーマニズム宣言」の各章の最後の読者に問いかけるコマ（原告が「ごーまんかましてよかですか？」と言っている）の例証として原告カットを採録している［別表1－③－1参照］。また、「戦争中、中国人が配布した日本軍の非道さを宣伝するビラのイラストそっくりになってきている」と柳美里氏が原告漫画を評しているのを受けて、「ビラ」と書いたのは中国の「抗日壁画」の勘違いで、次のイラストのことだろうとして、そのイラストが描かれている原告漫画カットを採録し［別表1－③－2参照］、被告論説中の原告漫画に対する評価のもととなる資料を提供している。ただ、柳美里氏が原告漫画のイラストのことを指しているのならば、原告カットを用いる必要があるが、採録カットの内容は柳美里氏との応酬の場面ではないので、歴史的史料としての「抗日壁画」等を指している可能性もある。もしそうであるならば、原告が描いたカットを用いずとも、他の「抗日壁画」の写真やイラスト等を引用することもあるいは可能であり、むしろその方が正確性も期待できたのではないかとも思われ、原告カットを引用する必要性は必ずしも高くないと思われる。藤田嗣治絵画複製事件においても、引用著作物である論文の内容は、藤田嗣治の絵画の作品名を挙げ、背景事情や絵画の特色等多少の説明・紹介を加えたものであって、絵画の内容自体について論評しているものではなく、(26)掲載された絵画が読者に与える効果は参考資料程度の採録効果を有するに過ぎないものと思われ、絵画引用の必要性が必ずしも高くない。この本件採録カットにおける③類型について、引用の効果あるいは必要性が藤田嗣治絵画複製事件と同種・同程度のものであったとすると、結論が異なった理由は、藤田嗣治絵画複製事件では絵画がそれ自体鑑賞性を有し独立した著作物としての利用が可能であったのに対し、本件では原告カット自体が完結した独立の読み物となるといった事情がなかったためと考えられる。

③例証・資料としての利用に対し、①絵の描き方等絵自体が

批評対象そのものである場合、②絵に描かれている内容が批評対象である場合は、より原告カット採録の必要性が高いといえる。①絵自体への批評、すなわち、イメージを読者に刷り込むような絵を描くことで、エイズ問題に関連する特定の人物を「薬害魔王」に仕立てたことや［別表1－①－2参照］、批判等する手段として、関係が悪くなって以来HIV訴訟の原告である特定の人物を何度も醜く描いたこと［別表1・2－①－1］、「目の下にクマができている」写真と対照して、原告がきれいに描かれすぎていること［別表1－①－3参照］の批評を行うためには、批評対象である絵を明示することが、正確な批評のために必要不可欠である。②絵の内容の批評、すなわち、VXガスを注射器に入れて原告を待ち構えるオウム信者の絵において、注射器の先が注射針からゴムホースへそして先が曲がっているゴムホースへと変化していること［別表1－②－1参照］、新しい歴史教科書をつくる会の記者会見のシーンで、写真では二名が欠席して空席になっているのに、マイクを置いて二名が欠席した格好の悪さを隠している絵が描かれていること［別表1－②－2参照］、「つくる会」の呼びかけ人会が解散したことをコマの欄外に「虫眼鏡で見ないと分からないくらい小さく」書いていること［別表1－②－3］等を批評する場合、文章でその絵の内容を記述することも可能と思われるが、絵自体を採録することが、正確性を期し真実性を担保する役割を果たすため、原告漫画への批評という被告書籍の目的に照らし、原告カット採録の必要性が高いといえる。

（四－四）言語＋絵画部分の引用

①－③類型が、文章著作物への絵画等美術著作物の引用として、藤田嗣治絵画複製事件を先例とする枠内で検討できるのに対し、④（「意見主張」）漫画について文章のみでなく絵を含めたカット自体を引用できるかどうかは、被引用著作物が漫画である本件に特殊な新しい論点であるといえる。

④言語と絵により意見主張を行っているカットが採録される場合は、「意見主張」漫画であるという原告漫画の性質上、市場における被告書籍と原告書籍との代替性が高まるため、①－③の絵部分のみが問題となる場合より、原告にとって害される利益はより大きいと考えられる。言語のみにより意見・主張を述べることが可能であるにもかかわらず、絵と文を用いた漫画という表現手法が用いられたのは、自己の意見や主張をよりわかりやすく読者に伝え、より広く多数の読者に受け容れられるようにしようという原告の意図によると思われる。従って、言

語で要約されるだけでなく、絵部分を含めたカットが採録される場合には、被告書籍を見た者が原告漫画の主張を容易に理解することができ、それゆえ原告漫画自体を読む必要を感じない可能性が大きくなる。

このように、絵と言語が組み合わされた漫画という表現形式により自己の意見・主張を読者にわかりやすく述べるというところに原告の能力や才能、つぎ込まれた労力をみることができるので、言語部分に示された主張の引用のみで批評が可能であるにもかかわらず、被告書籍が見易いものになる、あるいは読者サービスのため[27]といった理由でカット採録が認められる場合には、安易なカット採録というフリーライド行為により、漫画の著作権者の利益が過度に害されるおそれが生じる。

しかし、絵と文が不可分であり一体性を有するという漫画の特性上、言語部分のみではなく、絵部分を含めたカット自体を採録する必要性がある場合もある。すなわち、絵画部分が言語部分を超えて読者に伝えようとしているニュアンスや原著者の好悪感情等の情報を伴っている場合[28]、批評が正確に行われるためには、批評を読む者が批評対象である漫画の意味するところを理解できるよう、カット自体を採録する必要がある。本件における採録カットにおいても、例えば登場人物の表情・美醜、背景、文字の大きさ、ふきだしの形等が、明らかに原告の評価を示していたり、原告の主張を補完し効果的に読者に伝達する役割を果たしているのを見て取ることができる[29][30]。

特に本件においては、被告書籍の「はじめに」の部分に、「小林氏はその『ささいな点をつく』やり方を入り口にしつつ、一部の事実を削ったり強調して歪曲し、やがてこの『慰安婦』問題の全体をデマを交えて否定し、ついには読者を低俗な『慰安婦』理解に導き入れようと、漫画のテクニックをフル動員していたのである。」、「漫画は、読者に画像を示すことで、『現実らしいイメージ』を読者に与える。」、「少なからずの人々が、『新ゴーマニズム宣言』によって、漫画という手段を通して、この問題を歪んでとらえさせられている……」と書かれているように、自己の意見や主張をよりわかりやすく読者に伝え、より広く多数の読者に受け容れられるように、あるいは自己の主張・意見・イメージ等を読者に刷り込むために、原告が漫画表現という手法を用いていること、まさにそれ自体を批評の対象としている。このように、漫画という表現手法によるイメージの作り上げ、及びそのイメージの読者への刷り込みを批評しようとする場合には、絵部分を含めた原告カットを採録することが、批評を行うために必要不可欠であると考えられる。

以上のように本件では、批評を行う上でカット採録の必要性がかなり高かったと考えられ、それに対する原告の利益については、害される程度が比較的低かったと思われる。判決も認定しているように、原告漫画は、最低でも見開き二頁の一話単位であり通常は八頁の一話単位で完結するものであったが、採録されたカットは、連続しているコマでは最高が四コマであり、たいていは一、二コマであって、原告漫画一四冊にわたる部分のごく一部に過ぎず、原告カット自体が完結した独立の読み物となるとなることはない。被告書籍全体の分量からみても、最も多いところで見開き二頁の中に六コマ採録されているが、採録のない頁もかなりあり、少なくとも量的に批評が従でカットが主であるということはない。

また、原告カットに対する被告論説の批評内容や、原告の主張に対する批判に相当する箇所に、被告の批評とそれに対応する原告漫画カットが適合するよう、適切に引用されている採録態様から、単なる読者サービスのために採録されたのではないことがうかがえる。(31)

従って、比較的原告の利益を損なう可能性の大きい④原告漫画の主張に対し批判を加える際に、原告カット自体を採録することについても、原告書籍について読者の理解を助けるとともに、漫画ゆえ言語的な面と美術的な面の両者が不可分となっている原告主張や、原告が自己の主張・意見を表現するために用いている手法を、正確に明示する効果を有しており、被告書籍の原告漫画により表現されている意見・主張に対する批評を行う、あるいは原告が漫画という表現形式を用いることで自己の主張を読者に刷り込んでいることを批判するという目的に照らし、適法な引用と認められるべき採録であったといえる。

(四－五) 表現の自由と引用の必要性

以上、①－④類型の検討を通して、著作権者の利益と利用者の利益とを比較考量し、批評目的の下での引用の必要性が、著作権者に与える不利益よりも上回るのではないかということを述べてきたが、引用者は原告カット自体を採録する必要はなく、原告書籍の出典のみを表示し、それに基づいて読者が原告書籍と照らし合わせながら被告書籍を読めばよい、という反論がなされることもありうるかもしれない。とりわけ被告書籍の「あとがき」に、「小林よしのり氏の『新ゴーマニズム宣言』を読んだことのない人は、この本を読む必要はあまりない。……だが、少しでも彼の漫画を読んだことのある人なら、『精神の解毒剤』として、この本を一読して欲しい。」と書いてあること

から、被告書籍の読者となるべき者は原告書籍の読者であるから、原告書籍を持っている可能性も高く、わざわざ引用する必要はない、という主張も考えられる。しかし、いちいち原告書籍と引き合わせて読むことは煩雑であり、たとえ原告書籍をもっている者にとっても、引き合わせて読むことが怠られ、批評の効果が十分なものとならないおそれがある。あるいは、そもそも被告書籍を読もうという意欲が失われかねない。批評は読者（本件では特に「新ゴーマニズム宣言」を読んだことのある者）に読まれてこそ意味があるものであり、また、批評が行われることで、文化が一方向的に流れることが防止され、多様な価値観が生み出されることを考えると、文化の発展を奨励する著作権法の下では、著作者の利益とのかねあいの下に、批評が行われることが奨励されるべきであり、そのためには批評を読む側の読者の便宜も、引用の必要性の考慮要素として勘案すべきと思われる。(32)

このように、本件において批評が他者に伝達され実質的に意義を持ち得るために、他の著作物の引用が必要であったことは、表現の自由と引用とが密接に結びついている場合があることを示していると思われる。すなわち、引用の必要性とは、自己の思想を表現する場合において、他人の著作物を利用しなければ十分に表現することができなかった、という必要性を意味することがある。(33)著作権法はアイディアと表現を区別し、表現のみを保護しているため（二条一項一号参照(34)）、表現さえ利用しなければ著作権侵害とはならず、他人の思想を表出することは妨げられないので、著作権法と表現の自由との抵触は起こりにくい。それでも、思想等を表現する際、どうしても既存の著作物の表現を利用しなければならない場合に、著作権の保護と表現の自由との調整をはかるために機能するのが、三二条一項であると考えられる。(35)(36)従って、引用するためにその絶対的な必然性を要求し、著作権者の利益を優位な地位におくのではなく、引用されることにより失われる著作権者の利益に配慮しつつ、やはり最終的には、利用者の利益や引用により創作される新たな著作物を享受する公衆の利益と、著作権者の被る不利益との比較衡量によって、引用の是非が判断されるべきということになる。

三、同一性保持権

（一）同一性保持権とやむを得ない改変

著作権法二〇条一項は同一性保持権(37)として、著作者は意に反してその著作物及びその題号の変更・切除その他の改変を受け

ない旨を定めている。[38] 同一性保持権は、自己が創作した著作物に対する意に添わない改変により受ける精神的苦痛から著作者を保護するものであり、著作者の意に反する改変である限り、質的な優劣の変化、創作的表現の改変であるかを問わず、同一性保持権侵害になるとされる。[39] 意に反するかどうかの判断は著作者の判断に委ねられるため、著作者が同一性保持権の侵害を主張している事実をもって、意に反していることを示すことになり、あらゆる改変が同一性保持権の侵害となりうることになる。[40]

けれども、あらゆる微少な改変や、何らかの事情のもとになされた改変についてまで、著作者が無制限に同一性保持権を行使することになると、著作物の円滑な利用を妨げる等、様々な弊害が生じるおそれがある。そこで、同一性保持権の一般条項的な適用除外として、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変を定める二〇条二項四号の果たす役割が重要になってくると思われる。同号を、同一性保持権侵害判断おける著作者と利用者の利益を調整する規定[41]として活用し、同号の提示する、著作物の性質、利用の目的・態様等の要素を考慮して、著作者と利用者の利益衡量を行った上で、同一性保持権侵害の成否を判断するべきと思われる。[42]

従来は、著作者の利益を利用者の利益に対してあらかじめ優越的地位におくという考え方から、同項に基づく適用除外は厳格に解釈され、一号から三号の具体例（学校教育の目的上やむを得ないと認められる改変（一号）、建築物の増改築・修繕等に伴う改変（二号）、プログラムの利用に伴う改変（三号））と同程度の極めて必要性の高い例外的場合にのみ、四号の該当性が認められるとされてきた。[43][44] かといって、あらゆる改変が即同一性保持権侵害となるとすることにはやはり問題があり、権利濫用（東京地判平成八・一一・一三判時一五六一号一一三頁［やっぱりブスが好き］）[45]や事実たる慣習（東京高判平成一〇・八・四［俳句の添削控訴審］）[46]、改変への黙示の同意（長野地判平成六・三・一〇判例自治一二七号四四頁［北アルプス鳥瞰図］）[47]、東京地判平成九・八・二九判時一六一六号一四八頁［俳句の添削一審］）[48]等を理由に、二〇条二項四号には基づかずに同一性保持権侵害の主張を否定する裁判例が積み重ねられてきたようである。[49] しかし、このような不文の適用除外を用いることには、法律構成が不明確であり、どのような事情が考慮されるか判然としないため、侵害判断が不明確になるという問題性が指摘されている。[50] このような問題意識から、二〇条二項四号を同一性保持権侵害判断における著作者と利用者の利益を調整する規定

として活用すべきとの主張がなされており、裁判例においても二〇条二項四号を適用するものが現れ始めている[51]（東京高判平成五・一二・一判決速報一三四号［諸君！控訴審］[52]、東京地判平成七・七・三一判時一五四三号一六一頁［スウィートホーム一審］[53]、東京高判平成一〇・七・一三知的裁集三〇巻三号［スウィートホーム控訴審］[54]、東京地判平成一〇・一〇・三〇判時一六七四号一三三頁［血液型と性格］[55]）。本判決は、このような流れの中で二〇条二項四項を適用しており、二〇条二項四号の厳格解釈に再検討を迫り、同一性保持権に関する著作者と利用者の利益を調整する規定として活用されるべき同号の判断構造を明らかにしうるものとして評価することができると思われる。

（二）本件事案の検討

以上のように二〇条二項四号を、同一性保持権の侵害判断における、著作者と改変を行う利用者の利益を調整する規定と考えると、二〇条二項四号の提示する、著作物の性質、利用の目的・態様等の要素を考慮して、著作者と利用者の利益衡量を行い、同一性保持権侵害の成否を判断するべきということになる。従って、以下では、本件における改変内容（どの程度著作者に不利益をもたらす改変であるか）、改変目的（引用に伴い必要とされる改変であるか[56]）等を比較衡量し、本判決の判断が妥当であったかを検討する。

（二―一）やむを得ない改変と認められたもの

①HIV訴訟原告団の特定の人物と、あるテレビ番組に出演した特定の人物が描かれている原告カットを引用する際に、被告が、描写されている人物の両目部分に目隠しを施した行為［別表1・2―①―1、2―①―2参照］は、人物の絵において重要な部分と思われる両目を見えなくする行為であり、また、原告カットの元の内容を認識することができない点で、侵害の程度は比較的高いと思われる。しかし、判決が述べるように、描写された特定の人物は、同人がこれを見れば不快に感じる程度に醜く描写されているので、同人の人格的利益たる名誉感情を侵害するおそれ（あるいは、被告が被告書籍の中で目隠しを入れた理由として述べている、肖像権を侵害するおそれ）があった[57]以上、このような侵害のおそれを軽減する改変を行うことを許容しなければ、第三者の人格的利益を侵害する危険を負うか、あるいは引用を断念せざるをえないこととなってしまう。目隠しが第三者の人格的利益を保護するために一般的に行われている適切な方法であり、被告書籍に目隠しは引用者によることが

明示されていること、また、明示されている出所により読者は原告書籍を直接見て、改変の行われていない原告カットを見ることも可能であることを考えると、目隠しによる改変により著作者が被る不利益はそれほど大きなものではないと推察される。一方、このような改変が許されなければ、被告は著作権法三二条一項に該当する適法な引用とされるべき行為を行えないという不利益を被るおそれがある以上、著作物の適正な利用の確保を目的とする二〇条二項の趣旨に鑑み、二〇条二項四号の「やむを得ないと認められる改変」にあたるとした判旨は妥当であると思われる。[58]

②原告漫画における左端のコマ位置を下段に移して引用した被告の行為［別表2－②参照］に対し、掲載位置の工夫によりコマ位置という漫画家の重要な表現事項を改変せずとも引用できたのではないかというものもある。[59] しかし、コマ位置を変更せずに採録することが可能であるとしても、その実行を怠ったこと即同一性保持権侵害という結論が導かれるわけではなく、著作者の利益と利用者との利益の比較衡量によって侵害の成否が判断されるべきである。本件で行われたのは、コマ位置の変更といっても、あちこちのコマを順不同に並べるといった、コマの連続性が害され、漫画の内容が変化するような改変ではない。漫画の読むべき順序や意味内容が変化しておらず、明示されている出所により読者が改変の行われていない原告カットを見ることが可能であることからも、著作者の利益を過度に害する改変とは思われない。もとのコマ割で引用すると、小さな文字で書かれた台詞部分が判読しにくくなるといった、引用に伴うレイアウト上の都合が被告の側にあったことを考えると、二〇条二項四号の「やむを得ないと認められる改変」にあたるとした本判決は妥当と思われる。

（二－二）改変にあたらないと認められたもの

①②については、改変にあたるものの、やむを得ない改変であるとして同一性保持権侵害を否定したのに対し、③原告カット内の文字の一部を丸で囲んで、この丸を欄外に導いて手書きの文字を書き加えたこと［別表2－③参照］、④原カットの下から五分の三程度の部分が採録されたこと［別表2－④参照］について、本判決はそもそも「改変」にあたらないとして、同一性保持権侵害を否定した。

③手書き文字を加えたことに関して、原告カットの元の内容を完全に認識することができ、読者が加筆部分を原告著作物の一部であると誤解するおそれが存在しないこと、また明示され

ている出所により読者は原告書籍に直接あたって、改変の行われていない原告カットを見ることが可能であることからも、著作者に与える不利益は小さなものにとどまっている。他方、手書き文字等が加えられたことにより、読者は被告批評を理解しやすくなっている。このような、著作権者に与える不利益は小さく、引用行為に伴ってなされることにより利用者の利益に資することになる書き加えについて、同一性保持権侵害を否定した判決の結論は妥当と考えれる。

④原カットの下から五分の三程度の部分が採録されたことに関しても、原告カットが切除されたともいえるが、単に文字の部分を省き批評に必要なイラスト部分のみを採録しただけであって、何ら変更が加えられているわけではないこと、明示されている出所により直接改変の行われていない原告カットを見ることが可能であることを考慮すると、原告にそれほど不利益が生じているとは思われないし、引用に伴い必要な部分のみを採録することは、むしろ正当な範囲内での適法な引用とされるために必要とされる場合もあると思われる。よって、同一性保持権侵害を否定した判決の結論は支持しうると考える。

このように、③④について、同一性保持権侵害を否定した本判決の結論に異議はないが、法律構成として「改変」にあたらないとしたことが適切であったかどうかには、二〇条一項と二〇条二項四号の構造からみて疑問がある。

本判決は、③手書きの線や文字を加えたことについて、まず原告カット内に位置する、文字を丸で囲んだ線と、この丸を欄外に導く線のみを問題とした上で、原告カットの元の内容を完全に認識することができ、読者が加筆部分を原告著作物の一部であると誤解するおそれが存在しないこと[60]をもって、改変にはあたらないとした。しかし、③のようにコマの余白に線を加えたのみであるため、表現の意味内容を異なるものにすることがなく、客観的・実質的には著作物の同一性を害するとはいえない変更[61]であっても、著作者にとっては耐え難い変更であることもあるかもしれない。同一性保持権が、自己が創作した著作物に対する意に添わない改変により受ける精神的苦痛から著作者を保護するものである以上[62]、著作物が客観的・実質的に変更されているかということや、あるいはその量の多寡等にかかわらず、著作者が主張している限り原則同一性保持権侵害にあたるとして、適用除外に該当しない限り著作者の救済をなすというのが、二〇条一項の趣旨であると思われる。とりわけ、通常の人間であれば特に名誉感情を害されることがないと認められる程度の改変は同一性保持権侵害にあたらない[63]という解釈をする

と、著作者の「意に反して」と定めて、変更・切除その他の改変にあたるかの判断を著作者の主観的判断に任せたと思われる二〇条一項の趣旨に反するおそれがある。従って、変更・切除等による著作物の質の優劣の変化や創作的表現の改変であるかを問わないことはもちろん[64]、変更・切除等により客観的・実質的には著作物の同一性を害するとはいえない場合であっても、著作物へのあらゆる変更等は同一性保持権侵害の成立要件である「改変」に該当すべきものと考える[65]。二〇条二項四号を厳格に解釈すれば、「改変」にあたるか否かという段階である程度利益調整を行う必要が生じるのかもしれないが、同号を利益調整規定ととらえるならば、そのような必要はない。

すなわち、あらゆる変更等を改変とすることが、あらゆる改変即同一性保持権侵害という結論に結びつくわけではなく、著作者の意思以外の[66]、改変の態様や改変が行われた理由、変更・切除等による著作物の質の優劣の変化、創作的表現の改変であるか、実質的に著作物の同一性を害する改変であるか等の事情については、著作者と利用者の利害の調整規定としての二〇条二項四号を適用する際の考慮要素として考慮すべきものし、その上で同一性保持権侵害の成否を判断することとなると思われる。例えば、③について、何らかの手書き文字を加えられたコマが大量に存在するときや、漫画の原画に同様の手書き文字が加えられたときに同じ結論になるかは疑問がある。すなわち、本判決は、元の内容を完全に認識することができ、読者が加筆部分を原著作物の一部であると誤解するおそれが存在しないことを改変か否かの基準としたが、それ以外の事情も考慮されている可能性がある。著作者の意に反する改変を二〇条一項において同一性保持権を侵害するものとし、二〇条二項四号において具体的事情を加味して利益衡量をすることが、侵害の成否に関する利益衡量の判断構造を明らかにするものであるとともに、法律の構造に合致するものと思われる。精神的苦痛を被ったという著作者側の事情は著作者が主張し、改変を行う必要性・事情が存在したという利用者側の事情は利用者が主張することになると思われるので、証明責任の分担という観点からも合理的な法律構成になると考えられる。

よって、③④についても、一応改変にあたるとした上で、元の内容が認識できる加筆にとどまることや、引用に伴う一部採録であるという事情については、二〇条二項四号を適用する際に考慮すべきであったと考える。

四．不正競争

他人の商品等表示（人の業務に係る氏名・商号・商標・標章等商品または営業を表示するもの）として需要者の間に広く認識されているものと同一若しくは類似の商品等表示を使用した商品を譲渡等して、他人に商品または営業と混同を生じさせる行為（不正競争防止法二条一項一号）や、自己の商品等表示として他人の著名な商品等表示と同一若しくは類似のものを使用し、またはその商品等表示を使用した商品を譲渡等する行為（同二号）は、不正競争として不正競争防止法により禁止されている。

原告は、原告書籍名「ゴーマニズム宣言」「新・ゴーマニズム宣言」「新・ゴーマニズム宣言スペシャル脱正義論」が原告の商品等表示として周知かつ著名であり、被告の書籍に「脱ゴーマニズム宣言」及び「小林よしのり」を使用することは、不正競争防止法により禁止される商品等主体混同行為（二条一項一号）あるいは著名表示の不正使用行為（同二号）にあたると主張した。

この主張に対し、本判決は、自己の商品表示に他人の商品等が含まれるとしても、それが専ら商品の内容・特徴等を表現するために用いられた場合は、他人の商品等表示と同一又は類似のものを使用したとは認められないとし、「脱」の意味、被告書籍の体裁、被告書籍の内容から、被告書籍の題号「脱ゴーマニズム宣言」のうち、「ゴーマニズム宣言」の部分は、被告書籍の内容を説明するために用いられたものであると認められるから、原告の商品等表示と同一又は類似のものを使用したとはいえないと判示した。被告書籍の副題である「小林よしのりの『慰安婦』問題」に関しても、「小林よしのり」を含むことについて同様の判断がなされている。（同じく著名表示を含む題号を用いることの不正競争行為該当性が否定された事例として、東京地判平成一一・二・一九判時一六八八号一六三頁［スイングジャーナル］[67]がある。）

本判決の結論は妥当と思われる。なぜなら、「ゴーマニズム宣言」「小林よしのり」という特定の商品等主体を示すものとして周知・著名となった表示を含む題号を書籍に付す行為一般が不正競争行為に該当することを認めると、被告書籍が「ゴーマニズム宣言」「小林よしのり」に対する批評を内容とする本であることを題号によって示すことができなくなるように、周知・著名な商品や主体に対する批評・研究・紹介等を内容とする書籍に、付すべき適切な題号を付することができなくなって

しまう事態が生じてしまう。[68] 著作物の創作活動を制限しないようにするためには、たとえ著名表示が用いられることで人の目を引きつけるというただ乗り効果が生じたとしても、[69] 書籍の題号を自由に選択できるようにしておく必要があるからである。[70]

一方、本判決が「脱」と「新」「続」等同一性を維持する言葉とを区別したように、「ゴーマニズム宣言」という一般に題号としては用いられない造語が周知・著名表示である場合には、他者が「ゴーマニズム宣言」「新ゴーマニズム宣言」「続ゴーマニズム宣言」を題号として使用する必要性は小さく、それに対し消費者に生じる出所の混同や、著名表示にフリーライドされることにより著名表示の形成者が被る不利益といった弊害が大きいと考えられる。また、本判決が被告書籍の体裁を考慮したように、「脱ゴーマニズム宣言」であっても、原告書籍の装丁等を模倣する場合は、同様に、装丁等まで模倣する必要性は小さく、それに対し消費者に生じる混同や、著名表示にフリーライドされることにより著名表示の形成者が被る不利益といった弊害は大きい。

従って、たとえ書籍の内容が傲慢な宣言をするものであっても、「ゴーマニズム宣言」「新ゴーマニズム宣言」「続ゴーマニズム宣言」を題号として使用する行為、あるいは書籍の内容と関係なく「ゴーマニズム宣言」「小林よしのり」といった表示を使用する行為や、それに加えて書籍の体裁を模倣する行為は、不正競争行為として禁止されるべきものと考える。

このように考えると、書籍の題号は商品等表示にあたらないとして、周知・著名表示を題号に表示する行為に対し、一律に不正競争防止法の規律が及ぶことを否定するのではなく、「脱」の意味、被告書籍の体裁、被告書籍の内容から、被告書籍の題号「脱ゴーマニズム宣言」と原告書籍の題号「ゴーマニズム宣言」「新・ゴーマニズム宣言」「新・ゴーマニズム宣言スペシャル脱正義論」との類似性、及び被告書籍の副題「小林よしのりの『慰安婦』問題」と原告名「小林よしのり」との類似性を否定し、書籍の題号に関する行為も不正競争として禁止されうる余地を残して、被告の行為が不正競争行為にあたらないとした本判決の判断は、結論及び法律構成について妥当であったと考えられる。

**註**

(1) 引用該当性を否定した判決として、東京地判昭和四七・一〇・一一無体集四巻二号一三八頁［民青の告白一審］、

最判昭和五五・三・二八民集三四巻三号二四四頁［パロディ第一次上告審］、東京高判昭和五五・九・二九判時九八一号七五頁［民青の告白控訴審］、東京地判昭和五七・三・八無体集一四巻一号九七頁［将門記訓読文］、東京高判昭和六〇・一〇・一七無体集一七巻三号四六二頁［藤田嗣治絵画複製控訴審］、東京地判昭和五九・八・三一無体集一六巻二号五四七頁［藤田嗣治絵画複製一審］、東京地判昭和六一・四・二八判時一一八九号一〇八頁［豊後の石風呂］、東京地判平成三・五・二二判時一四二一号一一三頁［英語教科書準拠録音テープ］、東京地判平成七・一二・一八判時一五六七号一二六頁［ラストメッセージ］、大阪地判平成八・一・三一知的裁集二八巻一号三七頁［エルミア・ド・ホーリィ一審］、東京地判平成八・九・二七判時一六四五号一三四頁参照［試験問題一審］、大阪高判平成九・五・二八知的裁集二九巻二号四八一頁［エルミア・ド・ホーリィ控訴審］、東京地判平成一〇・二・二〇判時一六四三号一七六頁［バーンズコレクション］、東京地判平成一二・二・二九判例集未登載［サッカー選手］。適法な引用と認めた判決としては、東京高判昭和五一・五・一九無体集八巻一号二〇〇頁［パロディ控訴審］、東京地判平成四・二・二五判時一四四六号八一頁［諸君！一審］、京都地判平成二・一一・二八無体集一四巻一号九七頁［脳波数理解析論文一審］（ただし、創作的な表現とは認めがたい文章が共通しているに過ぎないところを、引用の問題とした判決に過ぎないとされる（田村善之『著作権法概説』（有斐閣・一九九八年）二二〇頁）、東京地判平成一〇・一〇・三〇判時一六七四号一三二頁［血液型と性格］がある。なお、大阪地判昭和六〇・五・二九無体集一七巻二号二八一頁［Y子の症例］は、「原告の著作である『Y子の症例』の引用の方法（同法三十二条一項、四十八条一項一号）についても、原告の扱った症例である旨の脚注が脱落していた点は違法であるが、それ以外は何ら違法な点はない。」としている。

（2）小倉秀夫「現代著作権法入門講座（一五）『引用』にまつわるエトセトラ」CIPICジャーナル九〇号（一九九九年）三五頁

（3）上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察 ―ドイツ著作権法における『利益衡量』からの示唆―（一）」民商法雑誌一二〇巻第四・五号（一九九九年）七五二―七五三頁

（4）公正な慣行について、本判決は、「漫画の内容を批評する場合に、絵を引用することなく批評している例があることが認められるが、他方、絵を引用している例も多数存することが認められるのであるから、漫画によって示された主張を批評する場合に、絵を引用することなく批評するのが一般的であるとか、そのような慣行が成立し

ていると認めることもできない。」と述べている。この点について原告は、絵を引用しない例の方が数量的に多く証拠として提出されたにもかかわらず、絵を引用している例が多数存在するとして慣行の成立を否定した本判決を不服としているようである（長田幸久「103章『引用』と称する「便乗本」時代の幕開け」http://plaza25.mbn.or.jp/~hinode_kogei/antigo103.html（二〇〇〇年二月八日現在）（小林よしのり「新ゴーマニズム宣言103章」SAPIO 10・13号七二頁を引用している））。しかし、業界において行われる行為の多寡をもって何が「公正な慣行」であるかが判断されるべきではなく、業界関係者同士が互いの利益を守るため等の理由で一般的に行ってきたにすぎない「業界の慣例」を（上杉聰「マンガに洗脳されてしまう若者たち」http://www.jca.apc.org/datu-gomanism/article/brain.htm（二〇〇〇年二月八日現在））、「公正な慣行」と認めるべきではないと思われる。

なお、この「公正な慣行に合致する」という要件は、後述するように、最高裁により引用の要件として示された明瞭区別性・附従性の要件にほぼ吸収されており（小倉・前掲三〇頁）、独立して論じられることは少ない。

(5) 世間一般には他人の著作物を使用することを概して「引用」というが、著作権法にいう「引用」とは、三二条一項の要件を満たした、無償・無許諾で行える他者の著作物の利用行為を指す（谷井精之助＝豊田きいち＝北村行夫＝原田文夫＝宮田昇『クリエイター・編集者のための引用ハンドブック』（太田出版・一九九八年）一四、一九頁［谷井執筆部分］）。

(6) 田村・前掲著作権法二〇三頁、染野啓子「引用（2）－豊後の石風呂事件」『著作権判例百選』（第二版・有斐閣・一九九四年）一五五頁

(7) 板東久美子「引用（3）－藤田嗣治絵画複製事件」『著作権判例百選』（初版・有斐閣・一九九四年）一三九頁

(8) 染野・前掲引用一五五頁

(9) 谷井他・前掲ハンドブック九四－九七頁［北村執筆部分］、山中伸一「引用（3）－藤田嗣治絵画複製事件」『著作権判例百選』（第二版・有斐閣・一九九四年）一五七頁

(10) 最判昭和五五・三・二八民集三四巻三号二四四頁［パロディ第一次上告審］

(11) 著作者人格権を侵害しないことという要件については、著作権が譲渡され著作者と著作権者が異なるものとなる場合に、他の点では正当な引用にあたりうるのに著作者人格権を侵害する態様で用いられたとき、著作者の人格的利益の侵害のみが問題となるのにもかかわらず、著作権者の許諾が必要となってしまうため、要件とすべきではないとされる。以降の下級審裁判例でも、東京高判昭

和五八・二・二三［パロディ差戻後二審］、東京地判平成七・一二・一八判時一五六七号一二六頁［ラストメッセージ］を除いてこの要件は踏襲されていない（田村・前掲著作権法二〇七頁）。

(12) 東京高判昭和六〇・一〇・一七無体集一七巻三号四六二頁［藤田嗣治絵画複製控訴審］、東京地判昭和五九・八・三一無体集一六巻二号五四七頁［藤田嗣治絵画複製一審］、東京地判昭和六一・四・二八判時一一八九号一〇八頁［豊後の石風呂］、東京地判平成三・五・二二判時一四二一号一一三頁［英語教科書準拠録音テープ］、東京地判平成七・一二・一八判時一五六七号一二六頁［ラストメッセージ］、大阪地判平成八・一・三一知的裁集二八巻一号三七頁［エルミア一審］、東京地判平成八・九・二七判時一六四五号一三四頁参照［試験問題一審］、大阪高判平成九・五・二八知的裁集二九巻二号四八一頁［エルミア控訴審］、東京地判平成一〇・二・二〇判時一六四三号一七六頁［バーンズコレクション］、東京地判平成一〇・一〇・三〇判時一六七四号一三二頁［血液型と性格］

(13) 染野・前掲引用一五四頁

(14) 染野啓子「パロディ保護の現代的課題と理論形成」法律時報五五巻七号三七、四〇頁、田村・前掲著作権法二〇五頁

(15) 染野・前掲パロディ三五、三八、四一頁

(16) 染野・前掲パロディ四〇―四一頁、田村・前掲著作権法一〇六頁

(17) 田村・前掲著作権法二〇六―二〇七頁

(18) 未公表著作物は、公衆の自由利用の必要性が小さく、著作者にとっても最初の公表の際に大きな対価を得ることができる場合もある等の事情が考慮されたものと考えられる（田村・前掲著作権法一七一、二〇九頁）。

(19) 四八条一項、三項により、引用する際には利用する著作物の出所を、その複製又は利用の態様に応じ合理的と認められる方法及び程度により、明示しなくてはならない。ただし、出所明示を怠った場合の法定刑は三〇万円以下の罰金と定められている（一二二条）のに対し、適法引用に該当せず著作権侵害罪が成立するときには三年以下の懲役又は三〇〇万円以下の罰金（一一九条）が定められているので、出所明示は適法引用の要件ではなく、三二条一項に基づく引用を行う際に引用者に課される義務ということになる（小倉・前掲三〇頁、加戸守行『著作権法逐条講義』（改訂新版・著作権情報センター・平成六年）二五七頁、田村・前掲著作権法二一一―二一二頁）。著作物の出所が明示されることにより、他者が被引用著作物にアクセスできるため、著作権者の経済的不利益が埋め合わせられる可能性があり、また、他者が適法引用かをチェックすることができるようになるので、利用者

に適法引用へのインセンティヴが与えられるという機能が指摘されている（田村・前掲著作権法二二〇―二二一頁）。

(20) 渋谷達紀「最高裁判所民事判例研究」法学協会雑誌九八巻一一号一八三頁参照。

東京地判昭和六一・四・二八判時一一八九号一〇八頁「豊後の石風呂」は、原告らが著作権を承継した、故人の「俊乗房重源と石風呂」「温室考」という論文が、被告著書「豊後の石風呂」に序文を除いて被告が著作したかのような体裁で収録され、季刊誌「日本自身」にも被告著作にかかるものとして転載された事案において、「他人の著作物を自己の著作物としてもしくは自己の著作物と誤解されてしまう体裁で自らの著作物中に取り込むことは、適法な引用ということはできない」としている。

(21) そもそも、明瞭区別しない限りは正確な論評を加えることができない（田村・前掲著作権法二〇八頁）。

(22) 著作権侵害の要件について、詳しくは田村・前掲著作権法四四―一六三頁を参照。

(23) 谷井他・前掲ハンドブック一四六頁［北村執筆部分］

(24) 東京高判昭和六〇・一〇・一七無体集一七巻三号四六二頁［藤田嗣治絵画複製控訴審］

(25) 東京地判昭和五九・八・三一無体集一六巻二号五四七頁［藤田嗣治絵画複製一審］

(26) 富士論文における藤田絵画についての論述の例として判決に示されているものをみると、「キュービズムふうの絵を描き、また、アンリ・ルッソーの作風から影響を受けた暗鬱素朴な『巴里風景』（挿五六）を連作したといわれる。」「渡仏以来の研究の成果ともいうべき裸婦を描いて同展に出品し、その美しい乳白色の絵肌のマティエールが批評家を魅了して、『すばらしい白地』という言葉で賞賛されたからである。彼はこれによって一躍サロンの流行児となり、翌一九一一年にはサロン・ドートンヌの審査員にあげられて、いよいよ彼の本領発揮時代へと突入する。『横たわれる裸婦と猫』（一九二一）や『寝室の裸婦キキ』（一九二二）、あるいは後年の作『私の夢』（挿六一）とか『舞踏会の前』（挿五八）など、ユニークな裸婦像群も、たてつづけに制作された。また猫のいるおかっぱ髪の『自画像』や、『アコーデオンのある静物』（挿五五）『猫のいる静物』（挿五九）、『ドルドーニュの家』（挿六〇）、『室内』（挿五四）など室内静物画にも、つぎつぎと佳作が生まれている。」となっている。

(27) 谷井他・前掲ハンドブック一七頁［谷井執筆部分］

(28) 小倉・前掲三五頁

(29) 例えば、原告が「慰安所とレイプは　ちがーうっ!!」と叫んでいるカットが被告書籍六二頁に採録されているが［別表1―④―1参照］、このセリフのみを引用しても

原告が表現しようとしたニュアンスを正確に表すことはできない。絵画部分を言語で表現すると、「セリフ部分には『慰安所とレイプはちがーうっ!!』とあり、絵の左半分が、鬼のような顔をした男が泣き叫ぶ女性をレイプしている場面、右がにこやかな男たちが慰安所の前に並び、慰安婦と思われる女性が笑いながら照れた男を布団に誘い入れているシーンとして描かれ、両者の間にはモーゼが紅海の水を割ったシーンを思わせる、原告が真っ二つに水を分けた姿が描かれ、両者が全く別物であることをイメージで示している」（上杉側の主張（横山好雄「『新ゴーマニズム宣言』第103章『「引用」と称する「便乗本」の時代の幕開け』に徹底的に反論する」http://www.jca.apc.org/datu-gomanism/article/sapiohan.html（二〇〇〇年二月八日現在））等となるが、絵の受け取り方は個人によって異なることからも、やはり絵を文章で正確に表現することは無理があると思われる（長田・前掲）。

(30) ただし、絵画部分が何らかのニュアンスや原著者の好悪感情等の情報を比較的もっていないと思われるカットの採録もある。例えば、被告書籍七九頁に採録されている原告カットは、一コマ目が「43団体は『この通達が日本内地にのみ　出されたことは』などと書いて　完全に誤読してるが　タイトルも読めんのか？『北支方面軍及中支派遣軍　参謀長宛』と　書いてあるじゃん　アホか！」という文字のみのコマで、背景は微妙に縦縞になったグレー。二コマ目は「日本の統括下にない　戦地・支那にまで　わざわざ日本軍は　このような　人道的配慮をする　よう通達を出したの　だから　朝鮮や台湾では　とっくに　配慮は　なされていたのだろう」という文字の下に、戦地での爆発や兵士の様子が描かれており、兵士の一人に通達と思われるものが渡されている「別表1－④－2参照」。

(31) 三浦正広「漫画の著作物の引用－『脱ゴーマニズム宣言』事件－」岡山商大法学論叢八号（二〇〇〇年）一〇六頁

(32) 染野・前掲パロディ三五、三八、四一頁（ただし、パロディに関する文脈）

(33) 佐藤薫「著作物の改変利用と表現の自由権」『小森義峯教授古希記念論集　現代における憲法問題の諸相』（国書刊行会・平成六年）五一五－五一六頁参照（アメリカの判決についての記述）

(34) 詳しくは、田村・前掲著作権法一六－一三頁を参照。

(35) 茶園成樹「著作物の要約と翻案権・同一性保持権の成否」判時一六九四号一九九頁、佐藤・前掲改変五一三、五一四頁、佐藤薫「著作権、同一性保持権と表現の自由－パロディを例として－」憲法論叢二号（一九九五年）四九、五〇頁参照（fair useについての記述）

(36) 特に批評の場合、被引用著作物の著作者から利用の許諾を得ることが難しいと考えられるので、表現の自由を確保するために三二条一項が果たす役割は重要であると思われる。

(37) 著作者が創作した著作物に対して有する人格的利益を保護する権利である、著作者人格権（田村・前掲著作権法三三二頁）の一つ。著作者人格権しては、同一性保持権の他、公表権（一八条）、氏名表示権（一九条）が定められている。

(38) ベルヌ条約において同一性保持権に相当する六条の二は「名誉又は声望を害するおそれ」のある改変を対象としているため、名誉声望要件を欠く日本法の規定は、より強い権利を著作者に与えるベルヌプラスの規定といえる（井上由里子「著作物の改変と同一性保持権」ジュリスト一〇五七号（一九九四年）六六頁、上野・前掲（一）七五八―七五九頁）。

(39) 田村・前掲著作権法三五八、三五九頁

(40) 上野・前掲（一）七五一頁

(41) 二〇条二項四号をこのようにとらえる説として、上野・前掲（一）七五三頁、上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察 ―ドイツ著作権法における『利益衡量』からの示唆―（二・完）」民商法雑誌一二〇巻六号（一九九九年）九六〇頁。

(42) 上野・前掲（二・完）九六五頁

(43) 加戸・前掲一四〇頁は、二〇条二項について「真にやむを得ないと認められる改変を必要最小限度に置いて許容しようとするもので」「本件各号の規定は、極めて厳格に解釈運用されるべきでありまして、拡大解釈されることのないよう注意を要する」と述べている。具体例として、①色刷り出版物の色数の制限、録音技術の制限、彫刻等立体作品を平面に印刷する場合など、複製の技術的な手段によりやむを得ない場合、②演奏・歌唱技術の未熟等によってやむを得ない場合、③放送等の技術手段によってやむを得ない場合等が挙げられている（同・一四三頁）。

(44) このような立場をとる判決として、東京高判平成三・一二・一九知的裁集二三巻三号八二三頁［法政大懸賞論文控訴審］、東京地判平成一〇・一〇・二九判時一六五八号一六六頁［SMAPインタヴュー記事］がある。

(45) ニューレディーズコミック「月刊Sakura」を発行している被告青葉出版の編集長が、連載漫画「衝撃のシリーズ やっぱりブスが好き STAGE2 プリンセス プリンセス」の原画の絵柄・セリフ・書文字の合計七五か所に、加筆・削除・変更等の改変を加え、サクラに掲載して出版した行為が問題となった事案。東京地裁は、これらの改変が外形的には同一性保持権を侵害するとしたも

のの、自ら皇族の似顔絵や皇族を連想させるセリフ等の表現を用いないことを合意しておきながら、締切を大幅に経過し、製版業者への原画持ち込み期限の差し迫った頃にようやく原画を渡し、修正の要求・説得を拒否し、編集長を他に取りうる手段がない状態に追い込んだ原告漫画家が、自己の重大な懈怠・背信行為を棚に上げて、編集長がやむを得ず行った改変・掲載について、著作権及び著作者人格権侵害に基づく請求をすることは、権利の濫用であって許されないとした。

(46) 後掲「俳句の添削一審」の控訴審。俳句を添削し改変した行為について、当該俳句の投稿当時、新聞・雑誌の投句欄に投稿された俳句の選及び掲載にあたり、選者が必要と判断したときは添削をした上掲載することができるとのいわゆる事実たる慣習が存在し、その慣習に従ったものである以上許容されるとして、違法な無断改変と評価することはできないとした。

(47) 北アルプス鳥瞰図のイラスト原画の著作者が、ポスターやパンフレットに無断で使用されたとして三市村に差止め・損害賠償を請求した事案。同一性保持権に関しては、原画にない鉄道・道路が書き加えられたことが問題となったが、長野地裁は少なくとも黙示的に承諾していたと認めて、著作者人格権の侵害を否定した。

(48) 被告日本放送出版協会が編集・出版していた雑誌「NHK出版　俳句」の「入選句」欄に、原告が投句した「波の爪砂をつまんで桜貝」「井戸水からメロンの網目がたぐらるる」「みのうえに蓑虫銀糸の雨も編め」が、被告選者により「砂浜に波が爪たて桜貝」「井戸水からメロンの網がたぐらるる」「蓑虫の蓑は銀糸の雨も編む」に添削されて掲載されたことが問題となった事案。東京地裁は、俳句界における添削指導の慣行、雑誌等の投句欄の入選句選定に際して添削が一般的である実情、当該雑誌及びその入選句欄の性格、被告選者の添削の目的などを総合すると、俳句の学習用雑誌に投稿された俳句を、指定された選者において指導上の観点から俳句界の慣行に従って添削として行われた改変には、実質的に違法性がないとし、また、俳句を学習するものとして、俳句の添削指導の慣行や実情を容易に知りうる立場にあった原告としては、ことさら添削を拒絶する意思を明示することなく選者を指定して投句したことにより、添削や掲載について黙示的に承諾を与えているとして、同一性保持権侵害を否定した。

(49) 上野・前掲（一）七五二頁

(50) 上野・前掲（一）七五二頁

(51) 上野・前掲（一）七五三頁

(52) 被告が、雑誌「諸君！」に、原告の「ベトナムはどうなっているのか?」という著書の記述を引用して、その

執筆姿勢を批判する評論を書いたことに対し、原告が民法七〇九・七二三条、著作者人格権を根拠に、損害賠償・謝罪文掲載・反論文掲載を請求した事案の控訴審（上告を棄却した最判平成一〇・七・一七裁判所時報一二二三号一二頁［諸君！上告審］によって支持された）。原告著書が要約等によりそのまま引き写されていないことについて、東京高裁は表現の自由を配慮し、適法引用の範囲内であり評論としての域を逸脱するような事情が存在せず、違法性が阻却されるときには、著作者人格権（同一性保持権）との関係においても、二〇条二項のやむを得ない改変に該当すべきものとしている。

(53) 映画「スウィートホーム」の監督が、映画の企画・製作等を行う伊丹プロダクションと映画の製作・ビデオソフトの製作・販売等を行う東宝に対し、追加報酬支払い合意の債務不履行による監督契約の解除を理由として取得したとする著作権、及び著作者人格権に基づき、損害賠償、ビデオカセットの複製・販売の差止め等、映画のテレビ放送等の差止め等を請求した事案。同一性保持権については、映画をビデオ化するにあたり行われたトリミングにより画面の一部が切除されたこととと、映画では悪霊の顔が表示されていた画面にビデオ版では少女の顔が重ね合わせられたことが問題となった。東京地裁は、トリミングについて、当該映画のテレビ放送当時、ノートリミングのみにより放送されることは稀で、ビスタサイズの映画をテレビ放送したりビデオに複製する際に映画の画面をテレビ画面に合わせて調整する作業は必要なものであり、当該映画の製作において総指揮者として、編集・ダビング等を取り仕切った伊丹がトリミングを行ったのであって、二〇条二項四号の「著作物の性質並びに利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変」にあたるとした。少女の顔が重ねられたシーンについては、伊丹と原告との間で了解があったことが認定された。

(54) 前掲［スウィートホーム一審］の控訴審。テレビ・コマーシャルの挿入も改変行為として主張された。東京高裁は、トリミングとコマーシャルの挿入について、ビデオ化やテレビ放送に了解を与えていたこと、伊丹の参与に異議を述べていなかったこと等の事情から、二〇条二項四号のやむを得ないと認められる改変にあたるとした。

(55) 被告書籍「小さな悪魔の背中の窪み－血液型・病気・恋愛の真実－」の『血液型と性格』の関係はなぜ〝俗説〟なのか……そのなかなか単純ではない歴史」という節に、原告書籍「『血液型と性格』の社会史」の内容が要約されて掲載されたことが問題となった事案。東京地裁は、被告書籍の内容が原告書籍の要約として翻案であるとしたが、適法な引用にあたるため翻案権侵害とはならず、ま

た、引用にあたって要約することによる改変はやむを得ないと認められる改変にあたるとした。

(56) 本来、引用は著作権（著作財産権）についての制限であり、著作者人格権侵害の成否とは関係がない（著作権の制限規定は著作者人格権に影響を及ぼすものと解釈してはならないと定める、著作権法五〇条参照）が、著作権の制限の規定に基づいて著作物を自由利用することができる場合、この自由利用の権利は利用者の利益の大きさにつながるため、著作人格権である同一性保持権の侵害の判断に際しても考慮すべきと思われる（上野・前掲（二・完）九四二頁のドイツにおける議論を参照）。

引用に伴ってなされた要約について、引用のための利益を考慮して同一性保持権侵害を否定している判決として、東京地判平成四・二・二五判時一四四六号八一頁［諸君！一審］、東京高判平成五・一二・一判決速報一三四号［諸君！控訴審］、東京地判平成一〇・一〇・三〇判時一六七四号一三二頁［血液型と性格］がある。注(52)、(55)参照。

(57) 和田光史「漫画カットの引用等について」CIPICジャーナル九四号（一九九九年）七四頁は、同一性保持権が著作者人格権として重要な権利であることを考えると、名誉感情を侵害されたと思われる他者から、原著作物に対して何らかの具体的なクレームがあった等、侵害の蓋然性が認められる特段の事情がなく、単に侵害のおそれがあるというだけでは、同一性保持権の制限を許容するにやや不十分としている。しかし、以下のような判例・学説の状況からすると、名誉感情等を侵害しているおそれは十分存在すると思われるので、責任を回避するための目隠しのような措置を認めないことは、引用者に酷であると思われる。

刑事事件において最高裁は「何人も、その承諾なしにみだりにその容貌・姿態を撮影されない自由を有する」（最大判昭和四四・一二・二四刑集二三巻一二号一六二五頁）と述べている（京都のデモ行進を警察官が写真に撮り、これに抗議した参加者が無視されたため警察官を旗竿で傷つけた事件）。似顔絵・漫画・イラストによる場合についても、肖像権は及んでおり、ただ権利者が行使をしない状況が続いているだけという説もある（大家重夫『肖像権』（新日本法規出版・昭和五四年）二五六―二五八頁）。漫画等によるときは肖像権を否定する立場にあっても、侮辱（侮辱について、五十嵐清『人格権論』（一九八九年・一粒社）一四頁参照）の場合には違法とし、民刑事上の制裁に服さねばならぬとするように（大家・前掲二五八頁）、本件のように醜く顔を描かれた場合、名誉侵害（民法七二三条）の成立する可能性は十分あると思われる。なぜなら、名誉には①人の品性・徳行・名声・

信用等の人格的価値についての客観的な社会的評価と、②自己の人格的価値についての主観的な名誉感情があり、最高裁（最判昭和四五・一二・一八民集二四巻一三号二一五一頁）は、民法七二三条の名誉回復処分を命じるために②だけではなく①も必要としているが、学説（五十嵐・前掲一四頁）や近時の下級審では、損害賠償（慰謝料）を認めるには②の侵害で足りるとされているようだからである（澤井裕『テキストブック　事務管理・不当利得・不法行為』（第二版・有斐閣・一九九六年）一三九－一四〇頁）。

(58) 第三者の顔を醜く描いたことを示すために引用された絵であるのに、目隠しによって美醜の判別が不可能となる場合には、引用の目的が失われることにより（和田・前掲七四頁）、適法な引用の成否及び同一性保持権侵害の成否について結論が逆になることもあるかもしれない。ただし、本件で引用された絵については、目が見えなくともその他の顔の部分から醜さがある程度判別できるので、このことが特に問題にはならないと考えられる。

(59) 大江修子「漫画カットの利用を引用と認めた事例」コピライト号四六三号（一九九九年）三三頁

(60) ただし、「これを次の私が書き入れた手書き文字のようにするとわかりやすい。」という被告書籍の本文（カット採録頁の前頁）を読まずに採録カットのみを見た場合には、原告カットのもとの内容であると誤解することもあるかもしれないと思われる。

(61) 東京地判平成二・一一・一六無体集二二巻三号［法政大懸賞論文一審］は、大学の懸賞論文選考で優秀賞を受賞した「過疎地域青年のUターン行動と生活意識の変容」という表題の論文が大学発行の雑誌「法政」に掲載・出版された際、五三か所にわたって削除・変更が加えられたことが問題となった事案において、送りがな、読点の使い方等表記方法に関する変更や、改行の有無に関する部分、明らかに誤植である部分（「困民軍」を「困民党」にした誤植については、意味内容が変更されるためを除かれている）について、意味内容が異なるものになることがなく、著作物の同一性を実質的に害するものではないとした。

しかし、誤植についても、意味内容が異なるかを基準として改変にあたるかを判断するのではなく、著作者の判断による二〇条一項の改変にあたるとした上で、意味内容を異にしないときは著作者に与える影響が小さく、印刷技術等の限界もあるということ等を考慮して、やむを得ない改変にあたるかを判断すべきと思われる。

(62) 田村・前掲著作権法三六五頁。著作者名の付記や著作物の公衆への提示が同一性保持権侵害の要件とはなっていないため、著作者の社会的な名誉を保護するためだけ

の規定とは考えにくい（同・三六五頁）。また、侵害の成否が著作者の意思に委ねられていることから、文化的所産である著作物の内容の同一性を維持することで（加古・前掲一三七頁）公の利益を守るための規定であるとも思われない（田村・前掲著作権法・二六五頁）。

(63) 田村・前掲著作権法三五八頁。和田・前掲七三頁も、通常人であれば名誉感情を害する程度のものを「改変」としている。

(64) 田村・前掲著作権法三五八、三五九頁

(65) 原稿を燃やす、銅像を壊す、建築物を破壊する等、有体物の破壊行為と同一性保持権侵害との関係については議論がある（田村・前掲著作権法三六〇頁）。加戸・前掲一四〇、一四二頁は、公表がなされないことから名作絵画を焼くことや建築物を全部壊すことは、不法行為となる余地はあるものの、同一性保持権の問題ではないとする。田村・前掲著作権法三六〇頁も、銅像の鼻をそぐような第三者に表現の変更として受け取られる場合は、同一性保持権侵害の問題となりうるが、有体物が壊れただけであることが第三者の目にも明らかである場合には、所有権侵害は別として、無体物である著作物の同一性が害されたわけではないので、同一性保持権侵害は成立しないとする。しかし、著作物が有体物に化体しているからといって、その破棄・破壊によって著作者に精神的苦痛が生じないとは考えにくいので、改変として同一性保持権侵害の問題になるとした上で、改変を行った者が所有権を有していたこと、建築物等著作物が実用性を有すること、破壊されることによって公表や公衆のアクセスが不可能になったこと、原作品に対する改変であるか等を（上野・前掲（二・完）九三一－九三二、九三四、九四三－九四五のドイツにおける利益衡量要素についての議論の紹介を参照）、やむを得ない改変にあたるかという判断の際に考慮すべきと考える。

(66) 同一性保持権侵害の適用除外規定である二〇条二項四号はその考慮要素として「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様」のみを挙げているため、著作者の意思的関与に関する要素は二〇条一項の「意に反し」という文言によって、二〇条一項の中で考慮することになる（上野・前掲（二・完）九六五頁）。

(67) ジャズ音楽の専門誌「スイングジャーナル」を販売する原告会社の元編集長であった被告が執筆した書籍に「スイングジャーナル青春録」という題号を表示することが、不正競争防止法二条一項二号に違反するかが争われた事例。東京地裁は、「自己の商品表示中に、他人の商品等表示が含まれていたとしても、その表示の態様からみて、専ら、商品の内容・特徴等を叙述、表現するために用いられたに過ぎない場合には、同法同号所定の他人

の商品等表示を使用したものと評価することはできない。」と判示した。そして、元編集長が雑誌「スイングジャーナル」と出会ったこと、ジャズを中心に青春時代を送ったこと等のエピソードが書籍に記述されていること、帯紙に内容のあらましや書籍の特徴として「青春音楽文学」という一言が表示されていることから、書籍の内容・特徴を的確に表現するために選択された題号であり、顧客や読者も「スイングジャーナル」の部分を内容を説明するものと理解する（のみならず「スイングジャーナル青春録・大阪編」は「スイングジャーナル」と類似するものとは判断できない。）として、不正競争行為該当性を否定した。

(68) 田村善之「判例で考える商標法7　書籍の題号、著作者名の表示と登録商標権」発明九一巻一〇号（一九九四年）一二七頁

(69) 不正競争防止法二条一項二号は、他人の著名表示を使用することによるフリーライド、すなわち、関連企業である等の誤認を起こし広義の混同を生じさせる等商品主体や営業主体を偽る行為や、他人の目を引きつける行為を禁止し、多大な宣伝広告費をかけて形成された著名表示の顧客吸引力や独自の財産的価値を保護するための規定である（田村善之『知的財産法』（一九九九年・有斐閣）七九頁）。ただ、表示の保護範囲を拡大することは、他者の商品等表示選択の自由を害することになるため、第三者に表示を利用されることによる著名表示の形成者の不利益と、表示の自由選定を制限される第三者の不利益とを比較考量する必要があるとされる（同・八〇頁）。書籍の内容を示すものとして著名表示が用いられる場合は、著名表示へのフリーライドによる弊害よりも、題号を付す自由の方が優先されるという利益衡量がなされたことになる。

(70) 田村善之『商標法概説』（弘文堂・一九九八年）二一六頁

〈追記〉　脱稿後、本件の控訴審判決（東京高判平成一二・四・二五）が出された。コマ位置の変更について、コマの位置関係を用いた表現（カット中の人物の指さしている部分、方向）が改変されているとし、コマ位置を変更しなくとも引用できたにもかかわらず、レイアウトの都合を不当に重視し漫画の表現を不当に軽視して配置を変更しているので、「やむを得ない改変」にも当たらないとして、同一性保持権侵害を肯定し、原判決を一部変更して、被告書籍の出版、発行、販売、頒布の差止め及び二〇万円の損害賠償を認めた。

［別表］

被告書籍：
上杉聡
「脱ゴーマニズム宣言
小林よしのりの慰安婦問題」
東方出版

1・2－①－1　判時1702号158頁より

「新ゴーマニズム宣言スペシャル・脱正義論」78頁より

1－②－1　被告書籍44頁より

「ゴーマニズム外伝第4期」より

「ゴーマニズム外伝第4期」より

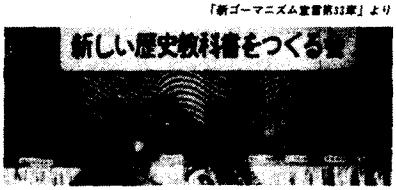
「ゴーマニズム宣言第百五十八章」より

1－①－2　被告書籍15頁より

「ゴーマニズム宣言第百五十九章」より

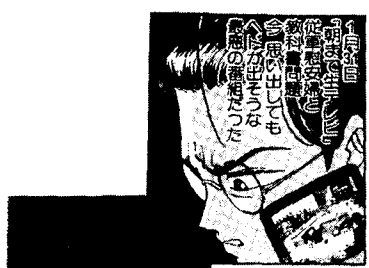
1－②－2　被告書籍31頁より

「新ゴーマニズム宣言第33章」より

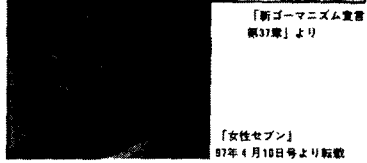



「噂の真相」97年2月号より転載

1－①－3　被告書籍95頁より




「新ゴーマニズム宣言第37章」より



「女性セブン」
97年4月10日号より転載

1－②－3　被告書籍32頁

る会」がすごいのだと誇張している漫画であることがわかる。

「新ゴーマニズム宣言第37章」より

このコマには、欄外に虫眼鏡で見ないと分からないくらい小さく、「つくる会」の呼びかけ人会が解散したことを伝えている。林・阿川両氏が呼びかけ人から降りたいと強く要求し、しかし、やめられると格好悪いので、解散という形にしてその事実を隠そうとしたもので、これなどは二のケースの例だ。

ついでに、こんな誇張をしたり隠したりすることで、よしりんがいかに「つくる会」を大きく見せるように苦心しているか、プロパガンダ漫画家に、いかにヘンシンしてしまっているか、という事実もまたわかるのだぞーっ！　よしりん！

## ゴーマンかましてかめへんやろか？

**被害者の証言を信じる、信じへん、なんちゅーちっこいことを言うようでは、ちっこい、ちっこい、ちーっこい。みんな包み込んで、なおかつゴーマンかませるようなよしりんに、早う戻ってくれなはれやー**

1－③－1　被告書籍12頁

# 1　ひん死の「ゴーマニズム宣言」

小林よしのり氏（愛称・よしりん）の「新ゴーマニズム宣言」が『SAPIO』誌上に連載されている。『SPA!』誌に掲載されてきた「ゴーマニズム宣言」以来、様々な社会問題や思想問題を漫画で取り上げ、幅広い層から注目を集めてきた。

私は、よしりんの漫画が大好きだ。そのサービス精神たるや、画面の一コマ一コマに盛り込まれた情報量の多さ、読者を楽しませようとする様々な工夫、ギャグの面白さ、さらにゾクッとさせる美しい線。私は感服し、敬愛し、最後は「よしりん大チュキ♡」と、つい口走ってしまいそうになる。

新・旧「ゴーマニズム宣言」の各章の最後には、次のように読者に問いかけるコマがあり、直後にキメの言葉が描かれる。これをよしりんのゴーマンさのあらわれとみて嫌う人もいるが、どんな思想にも結論があり、いつの場合も結論はゴーマンなものと私は考えるので、さして気にもならない。

とくに「新ゴーマニズム宣言」になってからは、登場人物の描写力が飛躍的に上昇、一目でこれは誰、あれは誰と分かってしまう。一方で「新しい歴史教科書をつくる会」の呼びかけ人となって社

1－③－2　被告書籍14頁

う。第一、宣伝や広告が無くなったら満員電車だってさらに苦痛になる。だが漫画が宣伝物となるということは、文化が独立性を失い、特定の意図の手段や道具になるということだ。それは漫画としての死を意味する。「ゴーマニズム宣言」は、今、ひん死の状態にある。

「新ゴーマニズム宣言第36章」より

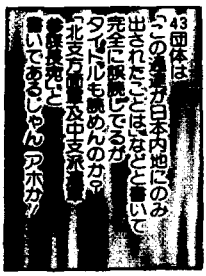
**ゴーマンかましてかめへんやろか？**

このままやと「ゴーマニズム宣言」は、「作・某政治家、絵・小林よしのり」の宣伝ビラになりまっせ。よしりんー　あんさんは今、大切な自分を失のうてるのとちがうか？　もいちど漫画家としての原点に戻りなはれー

1－④－1　被告書籍62頁より

「新ゴーマニズム宣言」第3巻特別編より

1－④－2
被告書籍79頁より



「新ゴーマニズム宣言
第32章」より

2－③　被告書籍46頁より

「新ゴーマニズム宣言第32章」より

2－①－2　被告書籍31頁より

「新ゴーマニズム宣言第37章」より

2－④　被告書籍94頁より

「新ゴーマニズム宣言第37章」より

2－②　被告書籍64頁より

「新ゴーマニズム宣言第38章」より